RESOLUCIÓN 43/2019, de 21 de febrero
del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía

Asunto: Reclamación interpuesta por *XXX* contra el Ayuntamiento de Marbella (Málaga) por denegación de información pública (Reclamación núm. 74/2018).

ANTECEDENTES

Primero. El 23 de enero de 2018 el ahora reclamante presentó un escrito dirigido al Ayuntamiento de Marbella, en el que exponen lo siguiente:

> "Tanto en su propio nombre y derecho como en el nombre de la Plataforma Ciudadana Defensa del Patrimonio Verde de San Pedro
>
> "EXPONE
>
> "PRIMERO. Que es portavoz y representante de dicha plataforma además de vecino de San Pedro Alcántara, por lo cual ostenta un interés legítimo;
>
> "SEGUNDO. Que dicha plataforma aglutina a ciudadanos y colectivos, actuando en defensa e indispensable mejora del patrimonio verde del municipio y de su paisaje cotidiano —expresión que aquí se usa en su sentido técnico-jurídico—;
>
> "TERCERO. Que el 23 de enero de 2018, numerosos miembros de la PLATAFORMA CIUDADANA DEFENSA DEL PATRIMONIO VERDE DE SAN PEDRO se reunieron con el Concejal Don *[nombre del Concejal]* quien les explicó verbalmente y de manera

parcial el proyecto de remodelación de la zona verde sita a la entrada de la Calle Marqués del Duero.

"En dicha reunión se acordó con el Señor Concejal se solicitaría, por Registro de Entrada y a la mayor brevedad, vista y copia del expediente, a trasladar en formato electrónico, que es como el expediente consta y se tramita administrativamente. Este interesado comparecerá con un pen-drive para que le sea copiado al mismo.

"CUARTO. Que habida cuenta de que las obras que se están acometiendo suponen una alteración profunda de un paisaje cotidiano de singular valor, ruego se considere la paralización de las obras entretanto se debate el proyecto y las alternativas al mismo, por suponer una alteración del paisaje cotidiano.

"Ya en 1999 Riccardo Priore, Jurista. C.P.L.R.E. del Consejo de Europa, en plena elaboración del Convenio Europeo del Paisaje (número 176 del Consejo de Europa), hecho en Florencia el 20 de octubre de 2000 (Instrumento de ratificación del Publicado en el BOE número 31, de 5 de febrero de 2008) que: «Ya no es admisible que sólo una parte de los territorios de los Estados sea reconocida como portadora de valor paisajístico y pueda así beneficiarse de protección. Dado el carácter subjetivo del valor que se atribuye al paisaje, lo que es digno de protección para unos no lo es forzosamente para otros y viceversa. Nadie tiene derecho a emborronar la dimensión paisajística de un territorio sin haber tenido primero en cuenta el interés del conjunto de la población local afectada.»

"QUINTO. El artículo 3 de la Ley 40/2015,de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dispone que son principios generales de la actuación administrativa, entre otros, los siguientes:

> «1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.
>
> "Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios:
>
> "a) Servicio efectivo a los ciudadanos.
>
> "b) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos.
>
> "c) Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa.
>
> "d) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión.

“e) Buena fe, confianza legitima y lealtad institucional.

“f) Responsabilidad por la gestión pública.

“i) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales.

“j) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.»

“SEXTO. El vigente planeamiento urbanístico clasifica la zona como "Parques y Jardines". En este sentido conviene recordar que el artículo 94 de las Normas Urbanísticas (redactado conforme al contenido del Informe 2, art. 94, página 103 del BOP nº 228 de 28/11/2000, en el que se publican las NNUU del PGOU'86) recoge las condiciones de uso de las plazas, parques y jardines urbanos, resultando relevantes sus puntos primero y tercero:

«1.- El uso básico y característico de las plazas, parques y jardines urbanos es el de espacio libre aunque como tal adopte diversas modalidades, ya sea el de espacio pavimentado, ajardinado, arbolado o mixto.

“La conservación, mantenimiento y adecuada utilización de dichos espacios conlleva la disposición de los elementos de mobiliario urbano y de servicio, tales como: fuentes, templetes de música, kioscos, urinarios, caseta de guarda de materiales o de vigilancia, etc., que requiera el espacio de que se trate.

“Con carácter de uso compatible se podrá autorizar el uso de hostelería en la modalidad de terraza.

“3.- Los parques y jardines menores de 5.000 m2., sólo podrán albergar como usos compatibles los de aparcamiento y hostelería, que estarán sujetos a la limitación de no ocupar más de 15 por 100 del espacio total del parque o jardín."

“Por tanto la edificación de una serie de locales con fachada a la Avenida Luis Braille viene a plantear dudas razonables en cuanto a su legalidad, por lo que tanto en mi propio nombre y derecho como en nombre de la Plataforma que represento, se desea acceder al expediente administrativo completo, incluidos sus informes jurídicos.

“En efecto, al elevar la cota y construir unos locales con fachada completa podría entenderse que al menos una parte del suelo deja de ser zona verde para pasar a ser una edificación cuya cubierta se halla pavimentada, corriendo el riesgo de dejar de poder caracterizarse como "parques y jardines" según su definición.

"SÉPTIMO. El Consejo Consultivo de Andalucía en su Estudio sobre modificaciones del planeamiento en materia de zonas verdes, espacios libres, dotaciones o equipamientos, elaborado en mayo de 2005 por una Ponencia Especial; llega a las siguientes conclusiones:

> *«Una de las contribuciones fundamentales de la función consultiva al reforzamiento de la garantía sustantiva pasa por la adopción de la cláusula "standstill", que permite la traslación a las innovaciones urbanísticas del principio-garantía de mantenimiento de la "protección elevada" que haya sido conquistado por un municipio en un determinado momento histórico. Se trata de acoger dicha cláusula como irrenunciable punto de partida, cuyo significado práctico es que la superficie destinada a zonas verdes en un municipio se configura como un "mínimo sin retomo", que debe ser respetado por la Administración. Lo cual no quiere decir que resulte imposible minorar dicha superficie cuando exista un interés público prevalente. Pero asumida dicha cláusula, tal posibilidad de minoración debe recibir el tratamiento propio de lo excepcional, con las repercusiones que ello comporta en el terreno de lo formal y lo sustantivo: mayores exigencias de acreditación de las razones justificativas de la innovación, de los parámetros técnicos y estadísticos que permiten decidir el juicio de prevalencia y de la imposibilidad de compensar el sacrificio del espacio libre o zona verde. Así pues, la ponencia subraya que no cabe afirmar, sin más, que exista intercambiabilidad entre equipamientos y zonas verdes. El recto entendimiento de este criterio y la aplicación de la "cláusula standstill" entendida como punto de no retomo debería suponer, siempre que ello no se revele como materialmente imposible, la compensación tendente al mantenimiento de la superficie total de zonas verdes»*

Más adelante concluye:

> «*El régimen de protección analizado tiene un claro fundamento constitucional y estatutario, que se describe tanto desde la perspectiva de los derechos de los ciudadanos y correlativos deberes de los poderes públicos en orden a su satisfacción, como de la distribución de competencias.*
>
> *"En el sentido indicado, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, se hace eco de los mandatos constitucionales contenidos en los arts. 45, 46 y 47 de nuestra Carta Magna, en tanto que evidencian el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, y de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada; derechos que han de ser ejercidos en ciudades y pueblos cuya conservación, así como el*

enriquecimiento de su patrimonio histórico, cultural y artístico, han de garantizar los poderes públicos. Dichos objetivos están amparados igualmente por lo dispuesto en artículo 12.3 (apdos. 5 y 6) del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

"En este apartado se subraya que es el título competencial en materia de urbanismo el que justifica la inserción de la protección de zonas verdes, espacios libres y equipamientos en la legislación de ordenación urbanística aprobada por las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de que el mismo venga arropado por otros títulos competenciales y preceptos constitucionales y estatutarios sin tos cuales no sería comprensible la regulación objeto de análisis.

"Concretamente, sin olvidar la importante vinculación que presentan con la salud de los ciudadanos, la creación o mantenimiento de zonas verdes y espacios libres, se abordan hoy como una cuestión central en el urbanismo moderno, a partir de la preocupación fundamental por la calidad de vida en la consideración medioambiental en todas sus facetas, en un contexto en el que el ordenamiento jurídico se ha visto obligado a configurar diferentes instrumentos para evitar o atenuar los perniciosos efectos de un crecimiento incontrolado que condicionan la habitabilidad de los asentamientos humanos, entre ellos la contaminación del aire, los ruidos, y la carencia de espacios libres y zonas verdes. Del mismo modo, la protección reforzada de los equipamientos se explica porque los mismos contribuyen a la satisfacción de las necesidades colectivas y son indispensables para el ejercicio de derechos y libertades reconocidos en la Constitución Española. Desde esta óptica, el título I de la Constitución ha de ser obligado punto de referencia a la hora de ponderar la existencia de intereses públicos prevalentes y, en particular, los capítulos I y III, pues es en ellos donde se prevén derechos de los ciudadanos cuya plena realización requiere de la actuación de los poderes públicos o donde aparece prevista esta actuación en orden a la consecución de determinados objetivos que se consideran rectores de la política social y económica.

"Referentes que, en definitiva, constituyen las señas de identidad del Estado social y democrático de Derecho. La mayor rigidez o flexibilidad en las innovaciones que afectan a los equipamientos dependerá de la vinculación que éstos puedan presentar con el ejercicio de derechos fundamentales o de otra naturaleza y las necesidades existentes para su efectiva realización. Desde la óptica indicada, es claro el fundamento constitucional u estatutario de la, protección de las zonas verdes, espacios libres u equipamientos, a partir de la función social de la propiedad u de la afección de plusvalías a los títulos de intervención combinados en la materia, desde el principal - urbanismo-hasta los de medio ambiente, vivienda, salud, deporte u

ocio.»

"Y en virtud de lo expuesto y tomando como punto de partida tanto la legalidad vigente en materia de planeamiento urbanístico como el necesario equilibrio entre zonas verdes y equipamientos y partiendo de un reconocimiento básico del derecho irrenunciable al paisaje cotidiano, al tenor de lo que disponen los artículos 12 y siguientes de la Ley 19/2013,de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y de los artículos 4 y siguientes de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía

"SOLICITO

"Se tenga por presentado en tiempo y forma este escrito, se considere la posibilidad de paralizar las obras que se están acometiendo tanto por las razonables dudas que se plantean en tomo a su legalidad como por la evidente falta de consenso social en torno a esta alteración profunda de un punto emblemático del paisaje cotidiano de San Pedro Alcántara, cuya estricta necesidad resulta asimismo cuestionable, dando tiempo al conocimiento del proyecto y sus posibles alternativas y para cuyo fin se solicita vista y copia del expediente completo de este proyecto en un pen-drive, según acuerdo con el Concejal Sr. XXX en la reunión de 23.01.2018 habida en la Tenencia de Alcaldía, convocándose a este ciudadano a la mayor brevedad para que se persone con su lápiz de memoria en que le sea trasladada copia electrónica del expediente completo de la obra de remodelación del palmeral sito en la entrada de la calle Marqués del Duero.

"El interesado, en su propio nombre y derecho y en el de la PLATAFORMA CIUDADANA DEFENSA DEL PATRIMONIO VERDE DE SAN PEDRO".

Segundo. El 12 de marzo de 2018 tiene entrada en el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (en adelante, el Consejo) reclamación ante la ausencia de respuesta a su solicitud de información, del siguiente tenor:

"Que el 23.01.2018, tanto en su propio nombre y derecho como en el nombre de la PLATAFORMA CIUDADANA DEFENSA DEL PATRIMONIO VERDE DE SAN PEDRO del cual es portavoz, solicitó vista y copia del expediente completo de las obras de remodelación del palmeral sito a la entrada de la Avda. Marqués del Duero, en San Pedro Alcántara. Entre otras cosas se pedía conocer el informe jurídico que debe acompañar necesariamente al expediente, pues en un suelo clasificado como parques y jardines (PJ) se están construyendo unos locales con una fachada hacia la perpendicular Avda. Luis Braille con una altura de 5 metros, un uso del suelo incompatible con las Normas Urbanísticas dictadas por el propio Ayuntamiento,

además de suponer la conversión de un jardín en una "plaza dura", suprimiendo numerosas plantas y varios árboles de uno de los pocos pulmones verdes que quedan en la zona.

"El 22 de enero de 2018, numerosos miembros de la PLATAFORMA CIUDADANA DEFENSA DEL PATRIMONIO VERDE DE SAN PEDRO se reunieron con el Concejal Don *[nombre del Concejal]* quien les explicó verbalmente y de manera parcial el proyecto de remodelación de la zona verde sita a la entrada de la Calle Marqués del Duero.

"En dicha reunión se acordó con el Señor Concejal se solicitaría, por Registro de Entrada y a la mayor brevedad, vista y copia del expediente, a trasladar en formato electrónico, que es como el expediente consta y se tramita administrativamente, por lo que se comparecería con un pen-drive para que se copiase el expediente al mismo.

"No se ha recibido respuesta en el tiempo de un mes que el Ayuntamiento tiene para dar acceso al interesado a la información que solicita ".

Tercero. Con fecha de 16 de marzo de 2018 este Consejo solicita al Ayuntamiento de Marbella, informe y copia del expediente derivado de la solicitud de información, hecho que es comunicado el mismo día por correo electrónico a la Unidad de Transparencia o equivalente del órgano reclamado. En la misma fecha se comunica al reclamante la iniciación del procedimiento de resolución de la reclamación.

Cuarto. El 12 de abril de 2018 tuvo entrada escrito del órgano reclamado en el que emite informe al respecto. En cuanto a las alegaciones referidas al acceso a la información objeto de esta reclamación, informa que por Decreto de 9 de abril de 2018 del Teniente de Alcalde -Delegado de Obras e Infraestructuras se resuelve "conceder el acceso a la información solicitada por *[nombre del reclamante]* en relación con el expediente de tramitación de las obras PR-023/16-0BR.1 de REMODELACIÓN DE LA AVENIDA MARQUÉS DEL DUERO. TRAMO: CALLE SEVILLA A AVENIDA LUÍS BRAILLE. SAN PEDRO DE ALCÁNTARA. T.M MARBELLA (MÁLAGA).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. La competencia para la resolución de la reclamación interpuesta reside en el Director del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.1.b) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública

de Andalucía (en adelante, LTPA).

Debe destacarse a su vez que, en virtud del artículo 16.5 del Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, *"[e]l personal funcionario del Consejo, cuando realice funciones de investigación en materias propias de la competencia del Consejo, tendrá el carácter de agente de la autoridad"*, con las consecuencias que de aquí se derivan para los sujetos obligados en relación con la puesta a disposición de la información que les sea requerida en el curso de tales funciones investigadoras.

Segundo. Según establece el artículo 24 LTPA todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública sin más limitaciones que las contempladas en la Ley. Esto supone que rige una regla general de acceso a la información pública, que sólo puede ser modulada o limitada si se aplican, motivadamente y de forma restrictiva, alguno de los supuestos legales que permitan dicha limitación.

En la documentación aportada al expediente consta escrito del órgano reclamado en el que comunica a este Consejo que ha resuelto "conceder el acceso a la información solicitada" al interesado.

Considerando, pues, que se ha visto cumplida la finalidad de la transparencia de la información prevista en la LTPA, este Consejo no puede por menos que declarar la terminación del procedimiento por desaparición del objeto de la reclamación.

En virtud de los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos citados se dicta la siguiente

RESOLUCIÓN

Único. Declarar la terminación del procedimiento derivado de la reclamación presentada por *XXX* contra el Ayuntamiento de Marbella (Málaga) por denegación de información pública.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla que por turno corresponda en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8. 3 y 46.1, respectivamente, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

EL DIRECTOR DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA
Y PROTECCIÓN DE DATOS DE ANDALUCÍA

Manuel Medina Guerrero
Esta resolución consta firmada electrónicamente